

Derivaciones laborales de las empresas ideológicas o de tendencia en Nicaragua

Flor de María Zelaya

Máster en Derecho de Empresa con
Especialización en Asesoría Jurídica por la
Universidad Centroamericana, Nicaragua
dmarizela@gmail.com

Fecha de recepción: 16 de marzo 2013 / Fecha de aceptación: 23 de octubre 2013

Resumen

A la empresa se le confía en cierto grado la satisfacción de necesidades de la comunidad, y de ella depende en cierto modo el nivel de empleo y bienestar. Los trabajadores con su labor comparten la responsabilidad de generar riqueza al país y a la vez tratan de obtener una vida digna. Tanto el derecho de crear empresas y el de ejercer la profesión u oficio que se desee y la estabilidad laboral son derechos constitucionales, los que en determinado momento podrían enfrentarse. El presente trabajo permite demostrar cómo las empresas ideológicas o de tendencia, denominadas así por darse a conocer ante los demás con una ideología o tendencia determinada, pueden caer en la limitación y transgresión del ejercicio de los derechos fundamentales de sus trabajadores, cuando a criterio de la institución deban limitar y condicionar comportamientos de sus empleados para el funcionamiento organizacional y exteriorización de la empresa. Queda demostrado que el poder de dirección del empresario no es absoluto, tiene sus límites y uno de ellos es el respeto de derechos fundamentales de los trabajadores. Con la presente investigación se concluyó que para solucionar los conflictos entre dos derechos fundamentales es necesario realizar una ponderación de derechos decidiendo cuál tiene preferencia sobre el otro en las determinadas circunstancias en las que se debe tomar la decisión.

Palabras clave

Empresas ideológicas / limitación / transgresión

Abstract

To the company is entrusted at a certain extent the satisfaction of needs from community and its depends somewhat upon of the level employment and welfare. Worker with his labor shares the responsibility to generate wealth for the country and also try to get a decent life. Both right of creating companies and practice the profession or occupation you want and job stability are constitutional rights, which at some point could be faced. The present research paper allows to show how ideological enterprises or trending, labeled to make themselves be known to the rest with a particular ideology or a determined trend, may fall into transgression or limitation the exercise of the fundamental rights of workers, when in the opinion of the institution should limit and condition behavior of its employees for or organizational operation and bussinnes externalization. It is demonstrated that the power of the employers address is not absolute, has its limits and one of them is respect for fundamental workers rights. With this present research was conclude that in order to resolve conflicts between fundamental rights, is necessary to perform a weighting of rights deciding wich of them has preference above other in certain circuntances where the decition must be taken.

Key words

ideological enterprises / limitation / transgression

Tabla de contenido

I. Introducción. 1. Generalidades de las empresas ideológicas o de tendencia. 1.1. *Concepto de empresas de tendencia*; 1.2 *Antecedentes jurídicos de las empresas de tendencia*; 1.3 *Razón de ser de las empresas de tendencia*; 1.4 *Tareas de tendencia y tareas neutras*. 2. El Derecho de Empresa. 2.1 *La Empresa*; 2. 2 *Derecho a constituir empresas*; 2.2.1 *La libertad de empresa en su triple manifestación*; 2.2.1.1 *El poder de dirección del empresario y libertad ideológica*. 3. Derechos fundamentales de los trabajadores versus derechos de las empresas. 3.1 *Derechos inherentes a las personas*; 3.1.1 *Arto. 46 Cn*; 3.2 *Derechos constitucionales*; 3.3 *Derechos laborales específicos e inespecíficos*; 3.4 *La libertad de empresa frente a los derechos del trabajador*; 3.4.1 *Límites a la libertad de empresa*; 3.4.2 *Requisitos exigibles para el acceso al empleo*; 3.5 *Conflicto entre derechos constitucionales*; 3.6 *Penalización por discriminación en materia penal*. II. Conclusiones. III. Recomendaciones. IV. Referencias bibliográficas

I. Introducción

Con el presente trabajo se pretende analizar las empresas que se intentan diferenciar de la competencia manifestando abiertamente su afinidad con una concreta ideología con el fin de captar los clientes que compartan la misma opinión, es decir, el estudio de las denominadas “Empresas ideológicas o de tendencia”. El tema es apasionante, de actualidad y novedoso en nuestro país, aunque es tratado ampliamente en países europeos y anglosajones como de vital importancia pues se discute la preponderancia entre los distintos derechos constitucionales.

El artículo que tiene en sus manos fue realizado con el propósito de conocer los aspectos más relevantes de las empresas ideológicas, sus límites, la existencia de las mismas en nuestro país, si la libertad de empresa con rango constitucional que permite crear empresas y dirigirlas autoriza la exigencia de requisitos especiales para acceder al empleo como es determinada opción sexual, militancia con determinado partido político, creencia religiosa, etc, además de la experiencia, capacidad y méritos para acceder al empleo.

El método utilizado en el trabajo investigativo fue el analítico, pues como pretendía conocer origen, causas, efectos, características e incidencia de las empresas ideológicas o de tendencia.

Las fuentes consultadas fueron variadas entre ellas: Constitución Política del país, en adelante Cn, Código del Trabajo, en adelante CT, leyes especiales, revistas científicas, libros, documentos electrónicos y la jurisprudencia de varios países.

El trabajo está estructurado en tres capítulos, divididos de la siguiente manera:

En el capítulo uno se aborda algunas generalidades de las empresas de tendencia, como es concepto, antecedentes y razón de ser de las empresas de tendencia.

El capítulo dos refiere el concepto de la empresa y sus derechos, desarrollo la libertad del empresario para crear, organizar y dirigir una empresa y analizo las aristas del poder de dirección del empresario.

En el capítulo tres desarrollo los derechos fundamentales de los trabajadores frente a los derechos de los empresarios. Señalo la normativa nacional e internacional vigente sobre derechos fundamentales, hago un estudio breve de los derechos laborales inespecíficos que son objeto de estudio del tema, agrego

jurisprudencia sobre casos en los que se han enfrentado derechos constitucionales como son la libertad de empresa versus derecho del trabajador. En este capítulo queda plasmado que la libertad de empresa no es absoluta y que aunque la Constitución permita la existencia de las empresas ideológicas o de tendencia y también otorgue el derecho a las personas para decidir su ideología o valores en que creer, al momento de conflicto entre ambos derechos prima el derecho de la persona.

1. Generalidades de las empresas ideológicas o de tendencia

1.1. Concepto de empresas de tendencia

En el mundo actual encontramos organizaciones que nacen con el fin de difundir ante la sociedad valores o posicionamientos ideológicos. La doctrina las llama empresas ideológicas o de tendencia, las que pueden o no ser instituciones lucrativas, altruistas, no comerciales, etc. Para explicar el concepto de empresas ideológicas o empresas de tendencia utilizaremos la definición de ideología a la que hace referencia Arese (2008) que fue tomada de la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española, y que reza:

“conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc. Las ideas fundamentales del individuo o el grupo al que pertenece, abren las posibilidades hacia la ponderación de las concepciones o posturas de pensamiento que el hombre adquiere en multiplicidad de aspectos”, apreciación que se refuerza cuando aquella definición incluye un abierto “etcétera” (p. 2).

Ossorio y Cabanelas de las Cuevas (2000) en el Diccionario de Derecho señalan que ideología es la rama de las ciencias filosóficas que trata del origen y clasificación de las ideas. Agrega que la orientación política de personas, partidos e instituciones se encuentra inevitablemente basada en diversas ideologías (p.648 y 649).

En el año 2000, Palomeque López toma como referencia la sentencia española STS 18-3-1994, A. 2548, para señalar lo que se considera empresa y nos refiere que empresa para el ordenamiento jurídico laboral es “la actividad económica organizada que despliega el sujeto empresario o empleador, es la ordenación de factores reales y personales para lograr una actividad productiva (sea o no lucrativa y asumiendo los riesgos de la propia actividad)” (p. 680).

Si unimos los conceptos anteriores podríamos deducir que las empresas de tendencia se caracterizan por exteriorizar sus ideas, ya sea en política, arte, educación, funcionan como el resto de empresas pero se identifican porque hacen resaltar ante los demás su ideología o tendencia. De acuerdo a Soria (1987) quien toma como referencia a Alonso Olea, sostiene que la nota decisiva de las denominadas empresas ideológicas es que tengan como fin institucional “la promoción y defensa de ideas determinadas” (p. 15).

Según Val Tena A (s.f) una empresa de tendencia es aquella que se encuentra directa y principalmente al servicio de actividades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, educativas, científicas o artísticas, o bien tienen finalidad de información o manifestación del pensamiento. Tienen como fin esencial, preponderante o secundario, la difusión u orientación de una posición ideológica, principios o creencias. Los componentes ideológicos comprenden a los de carácter político, religioso, sindical, artístico, informativo o cultural.

En tal sentido Val Tena A (s.f), encuentra dos conceptos diferenciados de empresa ideológica o de tendencia:

- 1) Las organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología: su base es su propia ideología, su fundamento y razón de ser, siendo que los ordenamientos jurídicos expresan la libertad de pensamiento, esta posición da pie a que se justifique en el entorno jurídico laboral la limitación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales de contenido ideológico. Se pueden englobar en este tipo de empresas: a) los partidos políticos que buscan la pluralización de una forma ideológica de pensamiento, b) las asociaciones sindicales y las asociaciones empresariales, que buscan la promoción y defensa de los derechos económicos y sociales, c) las confesiones religiosas que responden a una tendencia ideológica y espiritual. Esta definición expansiva de empresa ideológica es la recogida por el derecho alemán e italiano al regular este tipo de organizaciones. (p. 179).

Es necesario mencionar que en relación al numeral b de esta clasificación nuestra legislación en el arto. 208 literal b CT expresamente prohíbe la cláusula de exclusión, es decir la privación del trabajo al que no forma o deja de formar parte de un sindicato.

- 2) Las empresas que suministran bienes y servicios de componente ideológico: en este tipo de empresas nos encontramos con a) Los centros de enseñanza privados que buscan difundir en la formación de

sus educandos una concepción propia del mundo y de una doctrina. Cabe señalar que si los centros privados de enseñanza persiguen un fin puramente económico (ánimo de lucro) son una empresa común; pero cuando estos centros buscan la información global del individuo según una concreta visión del mundo estamos, sin duda, ante una empresa ideológica lo cual no excluye el ánimo de lucro. b) Las empresas de información o periodísticas que expresan libremente y difunden su pensamiento de forma verbal o escrita. (p. 179).

Arese (2008) refiere que sobre bases normativas, la doctrina alemana enumera las siguientes categorías de empresas de tendencia (*tendenzbetrieben*): a) Partidos políticos; b) Coaliciones gremiales de trabajadores y de empleadores; c) Confesionales, entre las que se encuentran las congregaciones e instituciones guiadas por razones confesionales; d) Caritativas como la Cruz Roja; e) Educativas; f) Científicas; g) Artísticas y h) Informativas (p. 15).

1.2 Antecedentes jurídicos de las empresas de tendencia

Hay autores que piensan que todas las empresas de alguna manera tienen su propia ideología, una postura ética que cumplir y por eso no existe una misión o visión estricta de tendencia. En esa posición se encuentra, como señala Irureta Uriarte (s.f), Fernández López quien expresamente señala: “No hay empresa que sea de tendencia por naturaleza». Y agrega más adelante: «(...) a un cierto nivel -cargos directivos especialmente- todas las empresas son de tendencia, porque pueden estar interesadas en la adhesión del trabajador a la causa de la empresa, cualquiera que ésta sea” (p. 238). Irureta Uriarte (s.f) señala que por el contrario Blat Gimeno y Moreno Botella consideran que este tipo de empresas posee un fin claro de tendencia el cual debe abarcar dentro de sí todas las actividades que aunque no sean evidentemente culturales, políticas y espirituales, igual se encuentran conexas al fin que profesa la organización, sin embargo el último autor agrega que la autonomía de las entidades sólo puede extenderse a los ámbitos propios de la estructura organizativa.

Si tomamos en cuenta el planteamiento de Fernández López podríamos decir que han existido las empresas ideológicas desde siempre, sin embargo es importante señalar, tomando como referencia a Val Tena (s.f), Soria (referenciando a Pedrazzoli en Jurisprudencia italiana) e Irureta, (s.f) que fue en 1920 que surgen jurídicamente las empresas de tendencia en Alemania con la *Betriebsrotesetz* (Ley de Consejo de Obras). Irureta (p. 236) refiere que con la *Betriebsrotesetz*, específicamente en el Arto. 67 se exceptiona a determinadas entidades (sindicatos, partidos políticos) de algunos derechos económicos que

se consagraban en dicho instrumento legal, y que fue hasta 1972 en el párrafo 118 de la Betriebsverfassung (Esquema de relaciones industriales del trabajo), que se definió a la Tendenzbetriebe (empresas de tendencia) como “aquella que se encuentra directa y principalmente al servicio de actividades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, educativas, científicas y artísticas, o bien que tiene una finalidad de información y manifestación del pensamiento”.

Irureta (s.f) agrega que en países como Suecia, a través de la Ley de Cogestión del 10 de julio de 1976, se exoneraron de las disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal a organizaciones sin ánimo de lucro y que desarrollaran actividades científicas, artísticas, religiosas, con fines sindicales, políticos o de formación de opinión pública. Y en Austria la Arbeitsverfassungsgesetz (Ley de Relaciones Laborales) del 14 de diciembre de 1973, excluyó de su ámbito de aplicación a las empresas y establecimientos que realizaran actividades con fines políticos, religiosos, científicos, educacionales, caritativos o que tuvieran como fin informar o expresar opinión en asuntos que tuviesen influencia en la orientación política de tales empresas.

Como se ha evidenciado los países a los que se ha hecho referencia anteriormente cuentan con una regulación específica sobre empresas de tendencia, en cambio en Nicaragua no existe una ley que regule este tipo de empresas. Sin embargo aunque las mismas no tienen un marco normativo especial, no podemos concluir que las relaciones de trabajo de contenido ideológico, carecen de normas que regulen estos supuestos, pues nuestra Constitución Política de alguna manera permite la existencia de este tipo de empresas, tema del que nos ocuparemos posteriormente.

1.3 Razón de ser de las empresas de tendencia

Las denominadas empresas de tendencia tienen la peculiaridad que la actividad a la que se dedican tiene afinidad a determinado pensamiento. Selma Penalva (2008), refiere en relación a la razón de ser de los compromisos ideológicos que “la aceptación social del producto o del servicio en el mercado depende de la cercanía o no del cliente potencial con la concreta ideología que la empresa en cuestión declara respetar, y este criterio que profesa la empresa es el que le está aportando unas características al producto ofertado que lo hacen insustituible”. El compromiso ideológico que respeta la empresa condiciona la respuesta de la demanda y la hace diferente a las empresas competitivas.

En este orden es acertado tal planteamiento ya que una empresa de tendencia como las demás pueda tener presente el ánimo de lucro y cumpla con todos

los requisitos que señala la ley para incursionar en el mercado, lo que la mueve es ser conocida en la sociedad por una ideología determinada, al punto que quienes hacen uso de los bienes o servicios que oferta, lo hacen porque respetan o promueven sus ideales o esperan algo particular de la misma.

1.4 Tareas de tendencia y tareas neutras

Dentro de la empresa ideológica se pueden distinguir tareas de tendencia y tareas neutras. Las primeras, según la doctrina italiana referenciada por Val Tena (s.f), son las que se dan en la empresa cuando las convicciones ideológicas del trabajador están orgánicamente unidas a la prestación que éste lleva a término, y las segundas si tan sólo realiza funciones burocráticas o técnicas sin proyección ideológica (p. 180).

Irureta coincide con Val Tena cuando refiere “las funciones neutras se distinguen por tener un carácter absolutamente irrelevante para el cumplimiento del objetivo ideológico”.

De lo anteriormente señalado puede decirse que en efecto, en las empresas de tendencia no todos los puestos y tareas van encaminados a propagar una ideología, sin embargo es ahí donde normalmente se da el abuso del empleador al exigir a los trabajadores, para ejecutar el trabajo por el que se les contrata, la interiorización de la ideología que propaga la empresa ante el público, sin importarle las creencias del trabajador.

2. El Derecho de Empresa

2.1 La Empresa

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto que tenemos de empresa lo encontramos en el Código del Trabajo en el arto. 12 que señala que “se entiende por empresa la unidad económica de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Se consideran como parte de la empresa los establecimientos, sucursales creadas para el crecimiento y extensión de sus actividades siempre que no constituyan una persona jurídica diferente”. No existe en otro cuerpo normativo el concepto de empresa y lo más próximo es el concepto de comerciante y actos de comercio señalados en el Código de Comercio en los artos. 1 y 6.

Herrera Espinoza (2010) considera que no tenemos un concepto jurídico de empresa sino un concepto económico pues se ha visto la empresa como sujeto,

como establecimiento, como patrimonio, como actividad empresarial, sin embargo señala, tomando como referencia a Font Galán, que desde el punto de vista jurídico patrimonial la empresa se habrá de concebir:

Como una específica modalidad de riqueza productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación, resultante de la materialización de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora de los distintos factores productivos, facultades, poderes y técnicas jurídicas, y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado a través del establecimiento mercantil.

El valor patrimonial de explotación señala Herrera (2010) referenciando a Font Galán, tiene 3 soportes, el empresario como sujeto organizador, el establecimiento como objeto organizado y la organización. “La empresa en sentido jurídico será la resultante patrimonial (valor de explotación) o suma de conjuntos (y subconjuntos) factoriales conexos a esos soportes” (p. 55).

Si bien es cierto no existe un concepto jurídico de empresa, lo fundamental de la empresa son las relaciones jurídicas que giran hacia ella o de ella hacia terceros, en aras de la explotación de una determinada capacidad de ofrecer un bien o un servicio al mercado. Tomando en consideración lo anterior puedo señalar que dentro de ese concepto caben las empresas de tendencia, pues igual que las demás tienen relaciones jurídicas con terceros, pueden o no tener ánimo de lucro, y ofrecen bienes y servicios en el mercado, independientemente que la causa que las motiva sea la promoción de determinados valores.

Rojo (2001) en Uría Menéndez (p. 60) hace referencia a la existencia de un concepto jurídico de empresario que se origina del concepto económico o vulgar que identifica a éste con la persona que directa y por sí misma coordina y dirige diferentes factores de la producción, interponiéndose entre ellos para ajustar el proceso productivo a un plan o programa determinado. La diferencia entre los dos conceptos radica según el autor, en que para el derecho no es necesario que el empresario despliegue una actividad directa y personal pues puede realizarla a través de personas delegadas que la ejercitan en su nombre. Puede agregarse que no sólo existe la diferencia planteada entre los dos conceptos, y que debe añadirse que el concepto económico está referido a la actividad productiva y el jurídico a las relaciones jurídicas con terceros que se despliegan en la empresa.

No menos importante es señalar que la actividad económica no siempre es actividad lucrativa, lo que si se debe tener claro es que en las empresas de

tendencia la actividad de producción o de distribución de bienes o de servicios se organiza en función de un mercado concreto (personas que tienen la misma ideología), que determinará el éxito o el fracaso de ese empresario.

2.2 Derecho a constituir empresas

Sin duda la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada, son elementos fundamentales de la denominada constitución económica, siendo esta última según Fernández (s.f), el “Conjunto de principios que contribuyen a definir el marco general en el que se ha de desenvolver la acción económica de los diferentes sujetos públicos y privados” (p. 182). En la Constitución Política nicaragüense se encuentra la constitución económica del país, y ello puede verse reflejado en el arto. 5 cuando señala como principios de la nación nicaragüense “la libertad...el reconocimiento a las distintas formas de propiedad”. También en el arto. 99 cuando señala “...Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal...”

Así mismo en el párrafo final de ese artículo señala que el Estado garantiza la libertad de empresa. En este aspecto cabe señalar que nuestra Constitución expresamente refiere el derecho de libertad de empresa, a diferencia de otras legislaciones como Colombia donde según Castellanos, Castillo y López (2009), señalan que en ese país la jurisprudencia y la doctrina han construido la noción de libertad de la empresa para hacer referencia a la posibilidad legítima de ejercer una actividad dentro del marco de la libre competencia económica, pues la Constitución de Colombia no lo expresa directamente.

El arto. 104 Cn señala que “las empresas que se organicen bajo cualquiera de las formas de propiedad establecidas en la Constitución gozan de igualdad ante la ley. La iniciativa económica es libre.” Este artículo es el que permite al ciudadano decidir si se hace empresario o no y que elija el sector que considere conveniente.

En los artos. 98 y 99 de la Cn se estipula como función principal del Estado en la economía, desarrollar materialmente el país, realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza ... Así mismo el arto. 103 señala que “El Estado garantizará la coexistencia democrática de las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria; todas ellas forman parte de la economía mixta, están supeditadas a los intereses superiores de la nación y cumplen una función social.” Los artículos anteriormente relacionados manifiestan cual es la función principal del Estado, así como la diversidad de formas de organización para que el ciudadano elija la que considere idóneo desarrollar, sin embargo

ponen de manifiesto que se debe tomar en cuenta los intereses superiores de la nación y que cada forma de organización debe tener una función social. Sin duda esa función social debe respetar los derechos fundamentales del trabajador.

La libertad económica vista según Ortegón Pulido y Pulido Ovalle (s.f) es la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social”. (p. 24).

La libertad de empresa es un tema amplio, pues atesora infinidad de actuaciones a las que tendrían derecho los empleadores. La libertad de empresa engloba, según denomina Rojo (2001), la triple manifestación de libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio y la libertad de cesación. Las libertades anteriormente señaladas no son absolutas, y a manera de ejemplo puede verse que nuestra legislación en el arto. 41 literal d) CT, obliga al empleador a realizar un procedimiento para solicitar autorización de cierre de empresas por razones económicas debidamente comprobadas. Esto debido a la afectación de los trabajadores que quedan sin empleo. El Acuerdo emitido por el Ministerio del Trabajo de nuestro país JCHG 19-12-08 regula el procedimiento para el mismo. Para otro sector de la doctrina el contenido de libertad de empresa se refiere a libertad de creación de empresas y acceso al mercado, libertad de organización del empresario y la libertad de dirección y gestión de empresas. (Ossenbuhl, Fritz, Ariño Ortiz, referenciados por Herrera Espinoza, p.93).

Podría decirse que dentro de estas manifestaciones se encuentra la libertad para invertir o no, la libertad para elegir el tamaño de la empresa, el tipo de empresa que se desea constituir, el giro de la empresa, la constitución de sucursales, la libertad para nombrar representantes, libertad para contratar trabajadores, libertad para disolver la empresa y un sinnúmero de libertades, que resultarían ser el contenido de esa libertad de empresa. Con todo lo anteriormente señalado no cabe duda que es un derecho relevante plasmado en nuestra Carta Magna.

Siendo que el ordenamiento jurídico nicaragüense permite la libre asociación, lo que incluye que la persona decida el tipo de organización que desee constituir, ya sea por medio de cooperativas, sociedades (todos los tipos), en la práctica las más utilizadas para el ejercicio del derecho de asociación son las que realizan por medio del contrato de sociedad. Este debe tener, según Paz-Ares (2001), un origen negocial (voluntario), las personas que lo constituyen deben buscar un fin común, y todos los socios deben contribuir a su realización, es decir que no basta

el interés en obtener el resultado sino la colaboración para lograrlo. Agrega este autor que deben concurrir elementos de consentimiento, objeto y causa. Cabe señalar que en el caso de las empresas de tendencia lo que las diferencia de las demás empresas es la causa que se identifica con el fin perseguido por las partes y en este caso es darse a conocer a los demás con esa ideología, que los clientes que reciban los bienes o servicios estén claros que los mueve una ideología, difundir un sistema de creencias o valores. Por supuesto esto no exime la posibilidad del ánimo de lucro que puede o no estar presente.

Dentro del derecho de libertad de empresa Rojo (2001) señala que las manifestaciones del principio de libertad pueden verse reflejados en la posibilidad de crear establecimientos y adaptarlos a los cambios del mercado, organizar los elementos que integran los establecimientos, decidir el número de establecimientos con los que ejercerá la actividad empresarial y el título jurídico para designarlos. Paz-Ares (2001) agrega que los socios tienen derechos dentro de los que deben destacarse, “en el ámbito administrativo, los relativos a la gestión, el control (derecho de administrar, derecho a la rendición de cuentas, derecho de información y derecho de voto) y, en el ámbito económico, el derecho al beneficio, el derecho a la cuota de liquidación y el derecho al reembolso de los gastos” (p. 442).

Autores como Rojo (2001) y Fernández (s.f) señalan que se permite la libertad de empresa a particulares (sujetos privados), pero también a la Administración Pública a través de sociedades públicas o de organismos administrativos por los que pueden acceder al mercado, constituir sociedades mercantiles y competir en él, en paridad con los empresarios privados, es decir la iniciativa privada y pública se encuentran al mismo nivel. Al respecto puedo decir que nuestra Constitución Política en su arto. 99 refleja como responsabilidad del Estado la protección, fomento y promoción de las formas de propiedad y gestión económica incluyendo la privada como la estatal, lo que permite la libertad de empresa a la Administración Pública.

Ahora bien sabiendo que el Estado puede hacer uso del derecho de libertad de empresa, es necesario aclarar si es posible que el Estado pueda considerarse una empresa de tendencia. Val Tena (s.f) es del criterio que el Estado no se considera una empresa de tendencia, como ocurre en la legislación alemana en donde la Ley Fundamental estipula el que se impida el acceso a la función pública a todos aquellos que no garantizan que defenderán el ordenamiento liberal democrático en todo momento. Se les exige un deber de fidelidad en tal grado que se les prohíbe un acercamiento a grupos adversos a la Ley Fundamental.

Esta afirmación conlleva implícitamente la valoración ideológica a la hora de acceder a la función pública (p. 182). El argumento de Val Tena (s.f) es que el respeto y acatamiento a la Constitución no significa deber de fidelidad que niegue la posibilidad de intentar cambiar el sistema constitucional respetando las reglas del juego democrático constitucional.

En contraposición al planteamiento de Val Tena debe decantarse por lo expuesto en la teoría alemana de que el Estado si puede ser considerado una empresa de tendencia y que no es posible que quienes están en el poder puedan intentar cambiar el sistema constitucional, en particular por lo señalado en los artos. 17A, 18 y 19 de la Ley Fundamental de Alemania. El Arto. 18 de la Referida Ley Alemana señala “Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales...” Es notorio que la propia ley alemana prescribe los derechos pero señala que no pueden usarse de manera absoluta sino relativa. Es decir, que en Alemania no es posible, constitucionalmente, cambiar el sistema político.

Pienso que el Estado sí podría considerarse una empresa de tendencia, ya que aunque los funcionarios cuando llegan a tomar sus puestos cumplen la Constitución, misma que no cambia por período presidencial, al momento de tomar sus decisiones lo realizan en pro de un proyecto político, con la convicción de favorecer las ideas de la organización que los puso en el poder. Sin duda es de todos conocido, que cuando existe una plaza para determinado empleo en el sector estatal tiene mucho peso por no decir el mayor peso el ideal político del posible trabajador, sin perjuicio de sus habilidades y experiencia. Un ejemplo concreto es la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos cuyos magistrados son propuestos y aprobados únicamente por los partidos demócrata y republicano.

Witt (1995) refiere el caso *Elrod v. Burns*. 427 U.S. 347 en 372-373, en donde el juez Brennan de la Suprema Corte de los Estados Unidos manifestó en relación al despido de empleados de una comisaría que no estaban amparados por los reglamentos del servicio civil y no pertenecían al partido del nuevo funcionario, quien luego los reemplazaba por personas de la misma afiliación política, que en el caso se pudo constatar el despido de personas simplemente por su afiliación

política, por lo que el juez señaló que la Corte no estaba proscribiendo a los partidos, pues:

“ Los partidos están en libertad de existir, y continuar con sus actividades inherentes, sólo pedimos que también estén en libertad de perdurar los derechos de los ciudadanos a creer en lo que les parezca y a obrar y asociarse de acuerdo a sus creencias...El despido de opositores implica una seria restricción a la creencia y la asociación política...no puede justificarse el despido de opositores alegando que contribuye al funcionamiento adecuado de nuestro proceso democrático apoyando a las políticas partidistas, pues los partidos políticos se nutren de otros métodos menos impositivos e igualmente eficaces (p. 213).

Puede verse que el criterio del juez versaba sobre el respeto a la libertad de existir de los partidos políticos, sin embargo no era posible el despido a los opositores porque ellos al igual que el partido político también tienen libertad de creencias y asociación política. En este sentido es acertado el criterio del juez Brennan, sin embargo se difiere en lo referido a que los partidos se nutren de otros métodos menos impositivos e igualmente eficaces, esa afirmación pareciera que si se permiten aunque en menor medida métodos impositivos a los partidos políticos para conseguir sus fines, lo cual no es aconsejable, ya que ellos deben buscar el cumplimiento de fines a través de métodos legales.

2.2.1 La libertad de empresa en su triple manifestación

Una vez creadas las empresas, en cualquiera de las formas que los particulares decidan, los sujetos creadores deben organizarla y dirigirla de tal forma que se pueda cumplir con los objetivos para los que fueron fundadas. Para el presente trabajo interesa escudriñar sobre esa organización y la manera de gestión en la empresa.

2.2.1.1 El poder de dirección del empresario y libertad ideológica

La libertad de empresa permite que el empresario pueda a su arbitrio contratar o no trabajadores, y cuando decida hacerlo, ser libre para elegir a uno u a otro de los ofertantes. La libertad de empresa supone el plano de la capacidad de contratar y la cantidad de trabajadores que desee tener.

Así el derecho constitucional de libertad de empresa es que los empresarios organizan la empresa. Álvarez de la Rosa (2000) señala que “ la potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección” (p. 684). Agrega que el

contenido del poder de dirección se mostrará en instrucciones generales o en órdenes completas que especifiquen el trabajo. El poder de ordenar y organizar supone el de controlar y vigilar el cumplimiento del trabajo convenido. Pero aduce que ese poder de dirección no es ilimitado sino limitado desde al menos cuatro planos: el constitucional, el legal, el convencional colectivo y el contractual; esos planos pueden resumirse en: el límite del poder empresarial directivo, es decir los derechos del trabajador, en cuanto persona y en cuanto asalariado. En el próximo capítulo se explicarán detalladamente estos límites.

El fundamento del poder para organizar y ordenar las relaciones laborales es el contrato de trabajo. El poder de dirección se ejerce en el interior del contrato y durante su ejecución. Álvarez de la Rosa (2000) toma como referencia la sentencia española STSJ Madrid 8-4-1997, A.1346 y manifiesta que “el poder de dirección es una facultad contractual del empresario y su primer límite vendrá sin duda de los propios derechos contractuales del trabajador” (p. 684).

Nuestra legislación en el arto. 18 CT literal a), señala como obligación del trabajador realizar el trabajo en el modo y tiempo convenido con el empleador y el arto. 17 CT literal a) señala pagar el salario por el trabajo realizado en el modo y tiempo convenido con el trabajador. Estos dos artículos junto al artículo 19 (que agrega expresamente el elemento de subordinación) fundamentan el poder de dirección del empleador sobre el trabajador. El arto. 10 CT señala quiénes son los que ejercen funciones de dirección, entre los que se encuentran directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general las personas que en nombre de otras ejerzan funciones de dirección y administración.

El poder de dirección del empresario no sólo es visto como la organización y ordenación de actividades, sino también como la adopción de medidas para vigilar y controlar el cumplimiento de deberes por parte de los trabajadores. El límite está en la dignidad y no discriminación del trabajador. Álvarez de la Rosa (2000) señala como ejemplos legales de control el filmar todo el trabajo que se realice, verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador, alegado por éste como justificante de su falta de asistencia.

Otro aspecto ligado al poder de dirección son las facultades sancionadoras del empresario en caso de incumplimiento de deberes del trabajador. Aquí debe tomarse en cuenta que los deberes deben estar previamente establecidos en el contrato de trabajo o relación laboral, y las conductas que se consideren faltas, así como los tipos de sanciones a imponer, deben estar previamente instituidas a través de un reglamento interno de trabajo. En el caso de Nicaragua éste debe ser aprobado por el Ministerio del Trabajo y puesto al conocimiento de

los trabajadores. Cabe señalar que las sanciones establecidas en el reglamento deben ser graduadas en razón de la gravedad del incumplimiento, las conductas señaladas como faltas no pueden ser tomadas en contraposición a los derechos inalienables de los trabajadores como son credo, ideología política, organización sindical, raza, sexo; las sanciones deben ser impuestas a todos los trabajadores por las mismas conductas realizadas ya que no es posible discriminar a trabajadores en relación a imposición de sanciones.

Todos los empresarios nicaragüenses tienen el derecho de organizar y administrar su empresa, sin embargo tienen límites, mismos que son planteados en la propia legislación de cada país aunque no de manera ordenada. Cabe señalar que la legislación nacional no hace diferenciación en cuanto a empresas comunes o empresas de tendencia, sin embargo al llenar ambas los mismos requisitos para operar y diferenciarse solamente en la causa que les da origen, deben cumplir también con la normativa de respeto de derechos en la relación laboral. Una empresa nicaragüense de tendencia tiene derecho a poseer mecanismos de control, a señalar requisitos de entrada para la obtención al empleo, a realizar reglamentos internos, convenios colectivos cumpliendo las normas que existen para todas las empresas.

3. Derechos fundamentales de los trabajadores versus derechos de las empresas

3.1 Derechos inherentes a las personas

Siendo que tenemos claro qué son empresas de tendencia, la clasificación y el funcionamiento de las mismas, así como que los empresarios tienen libertad para decidir el fin de su empresa, pasaremos a analizar los derechos fundamentales que señala nuestra Constitución Política, y algunos instrumentos internacionales y leyes especiales que los acogen, conoceremos si la libertad de empresa es un derecho fundamental o no, y desarrollaremos cómo resolver cuando dos derechos se encuentran en conflicto. Sin duda el estudio de los derechos fundamentales son aristas vinculadas a las empresas de tendencia.

3.1.1 arto. 46 Cn

Nuestra Constitución hace referencia en su arto. 46 a que toda persona goza de protección y reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana y menciona algunos instrumentos ratificados por Nicaragua tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de los Derechos

Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención Americana de la Derechos Humanos de la OEA. A continuación nos referiremos aunque de manera breve a algunos de estos instrumentos.

a. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. En sus Artos. 1, 2, 6, 7, 8, 10, 12, 18,19,20, 23, 25, 26, 28,29 podemos apreciar derechos inherentes al ser humano, trabajo, libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual, una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, protección de estos derechos contra todo tipo de discriminación, interposición de recursos cuando se violen derechos fundamentales, libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como opinión, derecho a obtener un nivel de vida adecuado que le garantice en especial alimentación, vestido, vivienda y servicios sociales indispensables.

b. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) adoptado el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. En su arto. 7 señala que los estados partes en el pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: salario equitativo, (salario igual por trabajo igual), igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo, servicio y capacidad.

c. Convenios fundamentales

Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: Nicaragua es miembro de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde su fundación en 1919. En la esfera de la OIT se han establecido una serie de derechos que se consideran fundamentales, ya que devienen de los derechos humanos y han sido plasmados en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, adoptada en junio de 1998, cubriendo 4 áreas principales para establecer un piso mínimo necesario en el mundo del trabajo: 1.-La libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo de los derechos de negociación colectiva,

2.- La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio, 3.- La abolición efectiva del trabajo infantil y 4.- La eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación.

Dentro de esas áreas creemos imprescindible hacer referencia a los convenios 100 y 111. El Convenio 100 promueve la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres. La expresión igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor define la remuneración fijada sin discriminación fundada en el sexo del trabajador.

El convenio 111, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación regula el principio de promoción de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar la discriminación, define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. La protección de este convenio no se limita a los individuos que ya han logrado el acceso a un empleo u ocupación sino que también se ocupa de las oportunidades de lograr un empleo u ocupación, sin la cual no habría verdaderas oportunidades de acceso al empleo u ocupación.

En los instrumentos relacionados anteriormente puede notarse que los derechos a que se hace referencia son considerados inherentes al ser humano, y en todos aparece el derecho a la libre elección de trabajo, el cual no puede depender de la raza, sexo, religión y opinión política que posea el trabajador. Es importante señalar que los instrumentos suponen como requisitos para el ejercicio de los derechos, solamente la capacidad, tiempo o servicio.

3.2 Derechos constitucionales

La Constitución Política nicaragüense, es la carta fundamental de la República y el resto de leyes se encuentran subordinadas a ella. Ningún poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las conferidas en la Constitución. Los artos. 182 y 183 Cn reconocen estas disposiciones que fundamentan el carácter normativo de nuestra carta fundamental.

El arto. 4 de la Ley Orgánica el Poder Judicial señala que “La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados

internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes de derecho según los preceptos y principios constitucionales”. Considero que ese carácter de norma jurídica es su fuerza vinculante.

Bastida Freijedo (2005), señala que, “una Constitución no lo es por contener una declaración de derechos, lo es por su más alta posición jurídica respecto del resto de normas del ordenamiento, o sea por su carácter de norma fundadora de todas las demás.”

En la Constitución se encuentran los derechos y garantías del ciudadano, pero como el legislador fue consciente de que el mero reconocimiento es insuficiente para la protección efectiva de los derechos y garantías, con el objeto de asegurar la eficacia de los mismos ha establecido algunos mecanismos de protección, que se clasifican en garantías genéricas que evitan que normas de rango inferior y que desarrollan derechos fundamentales les priven de su contenido esencial ejemplo recurso de inconstitucionalidad y garantías específicas para cada caso concreto en que se produzca una vulneración de derechos ya sea por poderes públicos o particulares, ejemplo el recurso de amparo.

Las empresas de tendencia aunque no se regulen expresamente en nuestra legislación tienen cabida en el Arto. 5 Cn que señala como principio fundamental el pluralismo político, social y étnico así como en el Arto. 49 Cn, que permite la constitución de organizaciones por trabajadores, artesanos, profesionales, técnicos, artistas, religiosos, pobladores en general, sin discriminación alguna con el fin de lograr la realización de sus aspiraciones según sus intereses.

3.3 Derechos laborales específicos e inespecíficos

Por el objeto de estudio de nuestro trabajo, incursionaremos en los que consideramos derechos fundamentales que tienen que ver con lo laboral y no necesariamente estamos refiriéndonos a los derechos laborales específicos que se encuentran plasmados en la Constitución del arto. 80 al 88 (como son el salario igual por trabajo igual, inembargabilidad del salario mínimo, derecho a la sindicalización, a contratos de trabajo, entre otros), nos referimos a los derechos que son inherentes a la persona por el hecho de ser persona y que el laborista Palomeque López y otros doctrinarios denominan derechos laborales inespecíficos.

Caamaño Rojo (2006) referenciando a Pedrajas, manifiesta que la nueva concepción en el Derecho del Trabajo no se construye en torno a los derechos ya contemplados en la Constitución con el carácter de fundamentales respecto del

trabajador, sino que en base a los derechos anteriores a su condición de contraparte de una relación laboral, es decir, aquellos que le corresponden como persona y ciudadano. Y estamos de acuerdo con ese planteamiento ya que la titularidad de derechos esenciales del trabajador en cuanto persona no es contrapuesta con su calidad de parte de una relación laboral, por lo que se le debe garantizar la posibilidad de ejercerlos en el ámbito de la empresa. Siguiendo esa misma línea Mucha García (s.f) considera que el trabajador al realizar su actividad no se desprende de sus derechos fundamentales, no se quita la vestimenta de protección constitucional para entrar al fuero de su empleador, y ser violentado con desmedro de la consideración de su ser como persona, como ciudadano y como factor más importante de la producción, mediante su actividad, el trabajo. El trabajador no deja de ser persona al iniciar una relación laboral.

Nos parece necesario agregar el planteamiento de Palomeque (2000) en relación a los derechos laborales inespecíficos, él afirma que:

“Otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello no específicamente laborales pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenido. Se produce una ‘impugnación laboral’ de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos.” (p. 145-146).

Mucha García (s.f) sostiene que los derechos constitucionales de titularidad general o derechos inespecíficos son los derechos que tienen como ámbito de aplicación las relaciones laborales y que son reconocidos al trabajador por su condición de persona y ciudadanos y los derechos inespecíficos no derivan de un cambio en la normatividad, sino que son producto de una interpretación de los principios constitucionales referidos a derechos fundamentales. Según Cortes Carcelen (s.f) los derechos específicos se encuentran bien consolidados, mientras que los inespecíficos laborales se discuten actualmente porque suponen límites al empleador. Estos últimos suponen el objeto de nuestro estudio.

Manejando la existencia de derechos laborales inespecíficos como derechos fundamentales inherentes a la persona, ejercidos de modo habitual en el **ámbito de las relaciones laborales**, y por tanto en las empresas de tendencia o ideológicas, pasamos a analizarlos tomando en cuenta doctrina, nuestra Constitución Política, leyes especiales y jurisprudencia de algunos países como España, Colombia, Estados Unidos, Argentina y Perú, ya que es limitada por no decir inexistente la jurisprudencia nacional en este tema.

a) Derecho a la igualdad y a la no discriminación: los nicaragüenses, en materia de las relaciones de trabajo, tenemos por un lado el derecho de los sujetos laborales (trabajadores, empleadores, sindicatos, asociaciones empresariales) a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos en relación a la aplicación de la ley; y por otro lado el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por su empleador en el seno de la relación de trabajo que les une contractualmente.

Las empresas de tendencia, amparándose en sus ideales, ponen requisitos discriminatorios para el acceso al puesto de trabajo o para mantener el puesto de trabajo y, aunque como manifiesta Cámara Botía (s.f) normalmente las razones para no contratar discriminando el sexo, la raza, el embarazo, religión, etc, quedan ocultas o cubiertas bajo fórmulas genéricas o de mera cortesía, en algunos casos dichos criterios resultan exteriorizados porque el empleador lo anuncia directamente a través de ofertas de empleo con determinados requisitos o sale a la luz de un litigio (p. 78-79). Esto nos hace reflexionar sobre la legalidad o no de discriminar para cumplir con ideales constitucionalmente protegidos.

El art. 27 Cn señala la igualdad y protección de toda persona ante la ley, sin discriminación por nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma religión, opinión, origen, posición económica, o condición social. Los extranjeros y nicaragüenses tienen los mismos deberes y derechos a excepción de los políticos. Así el art. 48 Cn señala la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

Nuestro país cuenta con la Ley 648 Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades, la que establece lineamientos generales de políticas públicas en el ámbito político, económico, social, cultural y medio ambiente con el fin de obtener la igualdad entre mujeres y hombres. Esto se aprecia en el art. 19 numeral 3, el que manifiesta que queda prohibida la prueba de embarazo para optar a empleo, y el numeral 5 que señala que las ofertas de empleo deben ser formuladas sobre la base de los requisitos exigibles para su desempeño, sin que el sexo sea requisito de elegibilidad.

La mujer ha luchado para no ser discriminada en el empleo, ya que con el supuesto de que debe ser tratada con delicadeza y que debe ser protegida, no le ha sido fácil acceder al mismo. Witt (1995) relaciona que para justificar la discriminación femenina se adoptó una filosofía proteccionista, y relata un caso específico donde se vio reflejada una acción discriminatoria para la mujer en el año 1873 en Chicago. En este caso no se le dio trabajo de abogada a una mujer porque se consideraba que las mujeres carecían por naturaleza de capacidad para desempeñar ciertas ocupaciones. Agrega Witt (1995) que el Juez Joseph P. Bradley argumentó en ese caso “el hombre es y debe ser el protector y el defensor de la mujer. La timidez y delicadeza que son naturales y característicos del sexo femenino la descalifican a todas luces para muchas ocupaciones de la vida civil...” (p. 371).

Este mismo planteamiento en relación a la mujer se hizo en la Encíclica de la iglesia católica “*Rerum Novarum*” (De las cosas nuevas, o de los cambios políticos) por el Papa León XIII realizada en 1891 sobre la condición de los obreros. En este señala “hay determinados trabajos impropios de la mujer, preparada por la naturaleza para las labores domésticas que, si de una parte protegen grandemente el decoro propio de la mujer, de otra responden naturalmente a la educación de los hijos y al bienestar del hogar”.

La Ley 202 Ley de prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad en su arto. 13 señala el “deber del Estado y la sociedad de asumir y garantizar que se ofrezca a las personas con discapacidad, iguales oportunidades que al resto de los ciudadanos a través de a) Los empleadores deberán acondicionar los locales, el equipo y el medio de trabajo para permitir el empleo a personas con discapacidad y b) El trabajador afectado con alguna discapacidad gozará de los mismos derechos y tendrá las mismas obligaciones establecidas para el resto de trabajadores. Toda empresa estatal, privada o mixta, deberá contratar o tener contratado por lo menos a una persona discapacitada con una proporción de cincuenta personas a una según planilla”. Cabe señalar que la ley no hace diferenciación sobre las empresas privadas o públicas, por lo que se asume que ambas deben cumplir esta obligación.

La discriminación puede darse durante la ejecución del contrato (acceso a los medios de formación profesional y condiciones laborales), pero también es perceptible una discriminación preocupacional en las ofertas de empleo con requisitos o exigencias no basadas en conocimientos o experiencia, sino en ideología, edad, sexo, o la exigencia de exámenes pre empleo (para detectar consumo de droga, sida o embarazo). En relación a esto cabe señalar que el Ministerio del Trabajo de Nicaragua, de conformidad al Acuerdo Ministerial

JCHG 005-05-07 relativo a los exámenes médicos en los lugares de trabajo, es competente para garantizar el cumplimiento a la no discriminación en el acceso al trabajo, y aunque haga referencia al caso de las mujeres embarazadas, menciona que “queda prohibida la realización de cualquier tipo de examen que no sea autorizado por el trabajador”, consideramos que ahí cabe el resto de trabajadores. Es importante señalar que los inspectores laborales pueden pedir a los empleadores documentación relativa a la contratación de personal para comprobar si no hay violación a la ley laboral. No menos importante es el Acuerdo Ministerial 004-04-07 relativo a la normación del funcionamiento de las agencias de empleo privadas, el que en su arto. 8 prohíbe que en la intermediación del empleo el trabajador sea objeto de discriminación, y el arto. 18 numeral c, señala la cancelación de la autorización de registro de las agencias de empleo privadas cuando utilice criterios discriminatorios. Aunque estos acuerdos no se refieran exclusivamente a las empresas de tendencia, no podemos hacer distinción, pues la legislación laboral de conformidad al arto. 2 CT es de aplicación general (personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras que estén establecidas o vayan a establecerse). De ahí que se considere que son normas que deben cumplirse por igual.

No podemos dejar de mencionar nuestra Ley 185, Código del Trabajo que en su Título Preliminar determina en los principios XI, XII y XIII la igualdad, equidad y no discriminación. Nuestro legislador considera que el principio de igualdad y equidad está definido en dos aspectos, por una parte, la mujer y el hombre son iguales en el acceso al trabajo y debe haber igualdad de trato, de conformidad con lo establecido en la Cn, esto se refiere a la igualdad de oportunidades tanto para hombres como para mujeres para acceder al empleo, así como el trato una vez iniciada la relación laboral y por otra,

Se garantiza a los trabajadores (as) salario igual por trabajo igual en idénticas condiciones de trabajo, adecuado a su responsabilidad social, sin discriminaciones por razones políticas, religiosas, raciales, de sexo o de cualquier otra clase, que les asegure un bienestar compatible con la dignidad humana. Esto se refiere a que los trabajadores deben recibir un salario igual al salario que recibe otro trabajador y que realiza las mismas funciones dentro de la empresa.

Cabe señalar que esta igualdad es sin perjuicio de los derechos laborales especiales de la mujer embarazada, las personas con capacidades diferentes, los niños y los adolescentes establecidos en la legislación laboral de nuestro país.

El Decreto No. 2378 Reglamento a la Ley 238: Ley de promoción, protección y defensa de los derechos humanos ante el SIDA, en su Arto. Arto. 5 señala

que no se podrá exigir ningún tipo de prueba del VIH/SIDA, para poder optar a trabajo... de parte de los empleadores o sus representantes, en instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras,..... Quienes soliciten o exijan el examen a sus trabajadores, estudiantes, usuarios y pacientes como condición para el inicio o continuación de la relación laboral;...., serán sancionadas con multa de 20 a 60 mil córdobas con mantenimiento de valor.

Con relación a la discriminación por la enfermedad del SIDA, Charro Baena (2008) aporta extractos de una sentencia española SJS núm. 3 de Castellón, de 7 de junio 2005 (AS 2005, 2559), en la que se declara la nulidad del despido basado en el hecho de que el trabajador era portador del VIH, «una enfermedad que actualmente ni social ni laboralmente ha sido aceptada ». Podemos observar que en España algunos trabajadores ya están haciendo uso de su derecho a la no discriminación por enfermedad. Como bien se aprecia, las empresas de tendencia traen consigo la limitación de los derechos individuales laborales, se vulneran los derechos desde que una persona ha llenado los requisitos del cargo, pero no se le hace el llamado por no coincidir con la concepción filosófica o ideológica de la empresa, o que una vez adentro de la institución se discrimine en el empleo por razones de sexo, edad, discapacidad, cambio de ideología o estado civil.

Tampoco es posible discriminar por razón de edad, ya la reciente Ley 720 “Ley del Adulto Mayor” publicada en la Gaceta número 11, del 14 de junio 2010 prescribe como derechos del adulto mayor, que tanto las instituciones del Estado como el sector privado desarrollen esfuerzos para garantizar el acceso pleno al trabajo. Consideramos que esta medida además de ayudar económicamente al adulto mayor le brinda un bienestar emocional, pues con su trabajo y experiencia sabe que sigue siendo útil a la sociedad.

Cabe señalar que independientemente de que el empleador cumpla con algunos requisitos de ley para el empleo, por ejemplo contratar personas de varias razas o sexos, que existan en la empresa trabajadores con discapacidad, eso no lo exime de responsabilidad si se demuestra que en el centro de trabajo se da otro tipo de discriminaciones, pues el empleador será responsable por las acciones cometidas. Witt (1995) toma como referencia el Caso *Furnco Construcction Corporation v. Waters*, 438 U.S. 567 en 579 en el año 1978 y manifiesta que la Suprema Corte de Estados Unidos sostuvo “una fuerza de trabajo racialmente equilibrada no exonera al empleador de su responsabilidad por acciones discriminatorias específicas”. (p. 351).

b) Libertad ideológica y religiosa: Nuestra Constitución señala en el arto. 25 el derecho de toda persona a la libertad individual, y al reconocimiento de su

personalidad y capacidad jurídica. Esta libertad puede verse reflejada en varios aspectos que veremos en los párrafos posteriores.

El arto. 29 Cn expresa que los derechos de libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión, son inherentes a la persona, puesto que le permiten formarse criterios acerca de su concepción del mundo y su realidad, así como profesar una creencia religiosa, de tal forma que estos derechos no pueden ser menoscabados, ni mucho menos puede una persona ser obligado a declarar su credo, ideología o creencias. Cabe señalar que el arto. 69 Cn también da derecho a las personas a manifestar sus creencias religiosas ya sea en público o privado, mediante el culto, las prácticas o su enseñanza.

La parte final del arto. 69 Cn es el que obligaría a los empleadores tanto persona natural como jurídica, a las que tienen ánimo de lucro y a las que además del ánimo de lucro poseen como característica determinada ideología, a no eludir las leyes ni a impedir a otros el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes, invocando creencias o disposiciones religiosas.

Otro aspecto importante es que la discriminación ideológica o religiosa puede darse dentro de la relación laboral por ejemplo en la diferencia de remuneración, aunque el trabajo sea el mismo el salario podría ser distinto, condiciones laborales distintas, diferencia de trato, despidos por no realizar actividades de la empresa ideológica, etc. Las sentencias que a continuación relaciono son casos particulares donde se demuestra la vulneración de derechos durante la relación de trabajo.

La sentencia STSJ de Baleares de 9 de septiembre 2002 (AS 2003, 467) trata de un conductor de autobuses practicante de la religión judía que, alegando motivos religiosos, prestaba servicios con la cabeza cubierta, alterando así las exigencias de uniformidad pactadas en el convenio colectivo de aplicación. El Tribunal asume que este tipo de conflictos requieren soluciones ajustadas a las circunstancias concretas que lo rodean, «ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos». En este caso el tribunal pudo observar que el trabajador no ocasionó ningún daño a la empresa y agrega que el trabajador utilizó la cabeza cubierta por muchos años, por lo que hubo consentimiento del empleador.

Otro ejemplo de discriminación durante la relación laboral podemos verlo en la Sentencia española que resuelve un recurso de amparo, la sentencia STC 19/1985, de 13 de febrero(RTC 1985, 19). En la que se conoció del caso de

una empleada que, ya vigente la relación laboral, se convirtió en miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. Su nueva religión le impedía trabajar desde la puesta de sol del viernes a la del sábado y, dado que su jornada laboral comprendía dichos días, pidió el cambio de turno o una ausencia con pérdida de salario con compensación en otras horas. La empresa le denegó el cambio por motivos de organización del trabajo, y la trabajadora abandonó su puesto, por lo que fue despedida. El tribunal sostuvo que era posible negociar una cláusula donde se permita un descanso laboral acorde con sus creencias y el reconocimiento de fechas determinadas como festividades religiosas, siempre que ese cambio resulte compatible con la organización del trabajo en la organización productiva.

En una sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N.º 0256-2003-HC/TC, del 21 de abril del 2005, párrafo 15 citado por Medina Otazú (s.f) se señalan cuatro atributos jurídicos de la libertad religiosa: a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona. b) Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso. c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa. d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Los cuatro atributos señalados anteriormente permiten que cada persona pueda tener una creencia, abstenerse de profesar alguna, cambiar de creencia o declarar o no públicamente las creencias y es ahí donde radica el respeto a la libertad. El empleador debe estar claro que no puede impedir que sus trabajadores tengan una religión determinada, mucho menos despedirlos por no profesar la religión que la empresa tiene establecida como ideal.

c) Derecho al honor y a la vida privada, se proyecta al ámbito laboral en relación al derecho de los trabajadores al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales, o físicas de naturaleza sexual. Aquí cabe el derecho de las personas a la elección de una opción sexual y el estado civil de su elección.

Nuestra Constitución en el arto. 26 numeral 3 señala el derecho de toda persona a la honra y reputación, entendiendo honra como el sentimiento o conciencia de la propia dignidad. Castro Rivera y Calderón Marengo (2007) sostienen que el derecho a la honra está protegido a través de las sanciones previstas contra la calumnia (divulgar falsas imputaciones contra una persona), injuria (atacar el honor, reputación de una persona o divulgar faltas o vicios privados). Las sanciones se encuentran reguladas en el Código Penal nicaragüense, en el Libro II, Título primero, capítulo VII en los artos. 170, 171 y 173.

El derecho a vida privada o derecho a la intimidad puede verse vulnerado cuando en las empresas de tendencia utilizan el tiempo libre de los trabajadores (domingo por ejemplo, para la realización de ciertas actividades) y Montoya Melgar citado por Arias Domínguez y Rubio Sánchez (2007) analiza que la cultura de empresa propugna “y lleva a la práctica la imposición del ideario de las empresas.../... a los trabajadores compeliendo a éstos más o menos sutilmente a ser partícipes del sistema de valores empresariales, y penetrando incluso en la esfera de sus vidas privadas, de su tiempo y sus actividades extralaborales y pone como ejemplos, picnic de fin de semana, fiestas dominicales, y grupos de juego, destinadas, todas a ellas “a producir un ser humano absolutamente laboralizado, cuyo tiempo libre es gestionado por la compañía mirando el interés de ésta, que además asume funciones de consultoría familiar, psicológica y hasta religiosa”.

Mucha García, hace referencia a una sentencia que se encuentra en el expediente N. 3935-99-I.D sobre la protección a la intimidad:

“Es evidente que la empleadora no tenía derecho alguno a criticar la vida privada del demandante en lo referente a sus amoríos con cualquier mujer, más aún si no se ha demostrado que con dicha actitud afectara el normal rendimiento en su trabajo; admitir que el empleador o sus representantes pudieran intervenir en la vida personal de sus servidores... En ese sentido, de acuerdo a lo indicado en los considerandos anteriores queda claro que al rechazar las imputaciones sobre su vida personal, el demandante no faltó el respeto a la empleadora, y que tampoco formuló amenaza alguna contra ella al manifestarle la posibilidad de denunciarla por sus afirmaciones, pues esta posibilidad es un derecho que tiene toda persona para defender su honor aun contra su empleador o representante del mismo”.

El acoso sexual viene a ser otro ataque a la intimidad y debe entenderse que ese ataque puede provenir del empleador, sus ejecutivos, los propios trabajadores y hasta los clientes de la empresa y la responsabilidad empresarial abarca la mera tolerancia de estas odiosas prácticas.

d) Libertad de expresión: Los trabajadores podrán expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones en público o en privado, mediante la palabra, por escrito o cualquier otro medio de reproducción, individual o de forma colectiva, quedando garantizada su protección frente a lesiones eventuales, a través del impulso de los medios esenciales de reparación expresadas en la constitución y las leyes.

El arto. 30 Cn consagra este derecho, considerado según lo señala Castro Rivera y Calderón Marengo (2007) quienes a su vez hacen referencia a Mirabeau una libertad sin la cual otras no pueden ser conquistadas. Ampié (2006) señala que esta libertad es consecuencia de la libertad de conciencia, pensamiento y la de profesar o no una religión determinada.

Arese (2008) hace referencia a una sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina (CNAT) del 30/4/07 en la que se defendió la libertad de expresión: “Es improcedente el despido de un trabajador por cuestionar por e-mail a una empleada con un cargo superior al suyo, en el caso el texto del correo electrónico critica actitudes de los nuevos directivos, denotando añoranza por los períodos anteriores de la empresa, pues, resulta obvio que la posición de dependiente no conlleva la limitación del derecho constitucional de expresión.”

e) Libertad de Información: para comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Nuestra Constitución en los artos. 66, 67 y 68 señala el derecho de toda persona a ser informado de manera veraz y a informar, al acceso a los medios de comunicación social y a la aclaración cuando sean afectados en sus derechos y garantías. Esta libertad se plasma en buscar, recibir o difundir informaciones o ideas. El derecho de informar no puede estar sujeto a censuras. Es una responsabilidad social universal que contribuye al desarrollo de la nación.

Se tienen catalogadas como empresas ideológicas o de tendencias a las empresas informativas o periodísticas. Carlos Soria (1987), manifiesta que la calificación de las empresas informativas como empresas ideológicas debe cumplir con ciertos requisitos: a) Poseer la autonomía que necesite para cumplir libremente el deber profesional de informar, b) Ser públicamente reconocible, y manifestar transparencia de su ideología al menos, ante el ordenamiento jurídico, ante el público, y ante quienes deseen vincularse contractualmente con ella. El carácter ideológico de las empresas informativas afecta también a las excepciones que pueden darse en los derechos de las personas ligadas en el ámbito laboral con las empresas (p.15).

El periodista, según Arese (2008) es un trabajador ideológico cuya tarea es precisamente opinar, fiscalizar, criticar, investigar, preguntar hasta incomodar, en fin, informar. Tiene una misión como trabajador dependiente, pero a la vez, un rol democratizador del conocimiento de los asuntos públicos y la consecuente capacidad de decisión social, es frecuentemente presionado externamente

para que se abstenga de anotar, hable con sordina o escriba con tipografía pequeña. Por eso, la libertad de expresión y de prensa adquiere dimensiones también individuales. Y sin duda alguna existe riesgo profesional ideológico, en el caso de los periodistas por ejemplo, son el blanco de presiones, son objeto de persecución gubernamental o judicial por sus opiniones o para que revelen fuentes informativas.

El poder de dirección del empleador no puede obligar al periodista a falsear la verdad, ordenarle noticias o comentarios cuya publicación constituya delito, pues a como señala Arese (p.26) en estos casos no existe obediencia debida. Cabe señalar que no es posible que se exija del trabajador su renuncia a la libertad de pensamiento a cambio de una remuneración.

Witt (1995) afirma que la libertad de prensa significa que el gobierno no pueda impedir ni obligar a que aparezcan publicaciones. Agrega que hay una excepción a la regla de que el gobierno debe dictar a la prensa la forma o contenido de lo que se publica, este es el caso de solicitudes de servicios, como por ejemplo el caso en que la Corte respaldó una orden de gobierno por el que se prohibía a un periódico colocar anuncios en columnas tituladas “Empleos-Hombres y Empleos Mujeres” porque trasgredía una ordenanza que vedaba las discriminaciones sexuales en la oferta de empleos (p. 83).

En nuestro país es frecuente encontrar los anuncios de empleos en las páginas amarillas en las que piden como requisitos edad, determinado sexo, que posean medio de transporte (moto o vehículos con los cuales realizarán el trabajo), que tengan buena presentación. Desde ese momento a los trabajadores les queda cerrada la posibilidad de obtener el empleo pues aunque cumpla con otra cantidad de requisitos si no cumple el requisito de sexo, edad, ni siquiera lleva documentación al centro.

Es importante mencionar que los periodistas en nuestro país han luchado por la libertad de realizar su trabajo sin estar afiliados de manera obligatoria a institución determinada, y pudo corroborarse con el recurso de inconstitucionalidad a la Ley 372 Ley Creadora del Colegio de Periodistas de Nicaragua interpuesto por un grupo de periodistas por atentar contra la libertad de expresión. La Corte Suprema de Justicia señaló que no había posibilidad de declarar inconstitucional la ley de colegiación pero el artículo relativo al registro obligatorio si era inconstitucional. La Sociedad Interamericana de Prensa, de la cual Nicaragua es miembro, mandó carta al entonces Presidente Arnoldo Alemán para que vetara la referida ley por considerarla violatoria al principio 8 de la Declaración de Chapultepec (de la cual Nicaragua es signataria desde 1994) y que alude

a que la incorporación a colegios de periodistas, asociaciones profesionales o gremiales debe ser estrictamente voluntaria y no obligatoria. Señala la carta que “ el condicionamiento a los periodistas de estar registrados con el Colegio de Periodistas significa coartar la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, así como también el menoscabo del derecho de todo el pueblo nicaragüense a recibir información sin trabas”. Cabe señalar que en años anteriores países como Costa Rica y República Dominicana habían declarado inconstitucionalidad de la ley y nulidad de la ley que exigía colegiación obligatoria de periodistas.

f) Derecho a reunión y manifestación: La libertad de reunirse en los centros de trabajo en asamblea de trabajadores, con un régimen determinado específico y limitado para las reuniones de trabajadores, de igual forma la libertad de reunión de los sindicatos y a manifestar su apoyo para la autorización de un convenio colectivo.

Los artos. 53 y 54 Cn reconocen el derecho a la reunión pacífica sin permiso previo, así como a la concentración, manifestación y movilización pública.

g) Derecho a la tutela judicial efectiva: cualquier trabajador que considere sus derechos lesionados, podrá pedir la tutela de los derechos a través de un proceso jurisdiccional.

El arto. 45 Cn permite a las personas que sientan que sus derechos constitucionales han sido violados o estén en peligro de serlo que puedan interponer el recurso de exhibición personal o de amparo de acuerdo con la Ley de amparo.

Nuestra Constitución da el instrumento para que los trabajadores puedan hacer efectivos sus derechos fundamentales, el que se encuentra regulado en el arto. 188 Cn y que establece que el recurso de amparo cabe contra toda disposición, acto o resolución y en general contra toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagradas en la Cn. Considero que este recurso sólo beneficia a empleadores, a trabajadores o posibles trabajadores que se vean afectados por funcionarios públicos, lo que trae como consecuencia, que quienes se sientan agraviados por un particular sólo les queda la vía jurisdiccional para restituir sus derechos es decir comparecer a demandar a juzgados, en este sentido es más factible probar la violación a derechos cuando el trabajador está dentro de la empresa que para aquel que le es negado el ingreso por ideología, sexo, raza, edad, etc.

h) Derecho a la educación: tutelado por nuestra Constitución en los artos. 58 y 116, siendo el objeto primordial del Estado la formación plena e integral de los ciudadanos nicaragüenses, dotándole de conciencia crítica, científica y humanista. La educación es una función indeclinable del Estado debiendo planificarla, dirigirla y organizarla.

La Ley 582, Ley General de Educación, en su considerando x manifiesta que la educación en Nicaragua es laica. El Estado reconoce el derecho de los centros privados dedicados a la enseñanza y que sean de orientación religiosa, a impartir religión como materia extracurricular (arto. 124 Cn).

Obsérvese que la ley permite que las empresas ideológicas religiosas en concreto puedan impartir clases, pero en ningún momento permite que la religión sea un requisito para poder acceder a un trabajo o a un centro de estudios. Sin embargo es usual que los centros de enseñanza privada pidan como requisito a sus docentes profesar la misma religión para poder acceder al empleo. Incluso son requisitos para aceptar a los alumnos, dejándole claro a los padres que en esa institución se profesa determinada religión, que se llevará una clase de educación en la fe y en algunos casos hasta piden como requisito que los padres presenten fe de bautismo y acta de matrimonio para poder aceptar a los hijos como estudiantes. En algunos centros de enseñanza se encuentran por escrito algunos de los requisitos anteriormente relacionados y son entregados a los padres de familia con el fin de que los mismos decidan si ingresan al centro o no.

Witt (1995) refiere una sentencia del caso *Illinois ex rel. McCollum* contra el Consejo Escolar en 1948, en la que los maestros de religión iban a las escuelas públicas una vez por semana para impartir clases de media hora a los participantes voluntarios, la madre atea de un niño de quinto año recusó el programa como una violación a la cláusula sobre institunacionalización de culto de la primera enmienda. La Suprema Corte de Estados Unidos declaró inconstitucional al programa y el juez Black en nombre de la mayoría señaló: “Esto es indiscutiblemente utilizar el sistema de escuelas públicas establecido y mantenido por los contribuyentes para ayudar a los grupos religiosos a propagar su fe”. (p. 131). Considero acertado el criterio del juez, y planteándolo desde la perspectiva en nuestro país que pregona que el Estado tiene una educación laica, este no debe inmiscuirse en asuntos religiosos.

El arto. 3 de la Ley General de Educación en su literal a) señala que la educación nacional se basa en el principio de “la educación es un derecho humano fundamental. El Estado tiene frente a este derecho la función... y lograr el acceso de todos los nicaragüenses en igualdad de oportunidades”. El arto. 4 literal h)

de la referida ley manifiesta que la educación se desarrollará atendiendo a los siguientes fines: h) La educación nicaragüense es laica, el Estado se abstendrá de impartir a los estudiantes una religión oficial en los centros educativos públicos.

El arto. 52 de la ley y el 125 de la Cn pregonan la libertad de enseñanza y de cátedra, (es decir para los que si tienen la oportunidad de acceso al empleo) lo que viene a fundamentar que no es posible que algunas empresas limiten esos derechos por sus posiciones ideológicas.

La sentencia española STC 5/1981, de 13 de febrero de 1981 resuelve un recurso de inconstitucionalidad y dispone expresamente, que “es incuestionable que en los centros docentes privados.../... los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro y, en consecuencia, la libertad del profesor no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario”, advirtiendo, a continuación, “que una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro puede ser causa legítima de despido”. Sin duda, en cualquier parte del mundo los profesores tienen la obligación de respetar el ideario del centro, caso distinto es que para obtener el empleo el requisito sea profesar el ideario del centro.

3.4 La libertad de empresa frente a los derechos del trabajador

En el capítulo dos se abordó la libertad de empresa como un derecho otorgado en la Constitución nicaragüense tanto a particulares como al mismo Estado.

Herrera Espinoza, (2008) quien considera que la libertad de empresa es un derecho fundamental señala lo siguiente:

De manera general, la consideración de la libertad de empresa como derecho fundamental conlleva que su titular ostente un estatus jurídicamente protegible por los tribunales de justicia, frente a posibles actuaciones de los distintos poderes públicos y de los particulares que pudieran suprimirla, modificarla o reducirla. De tal forma que su violación da lugar a la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad o, en su caso el de amparo. (p.38).

No se comparte la opinión del maestro Herrera, ya que todos los derechos aun los de menor jerarquía deben ser tutelados. Si bien es cierto la libertad de empresa permite a la nación un desarrollo y un crecimiento económico, es por ello que el Estado trata de incentivar la inversión en el país y crea políticas para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, también es cierto que aunque la

Constitución permite el ejercicio de las actividades económicas a los particulares, el Estado no es responsable ni está obligado a sostener a las empresas, pues los particulares deben buscar los medios para organizarlas, y cumplir la función para la que fueron creadas.

En ese orden la nota que permite que un derecho se considere fundamental es que los derechos constitucionales estén plasmados en la Constitución y los particulares deciden si los usan o no, el ciudadano decide si se hace empresario o no, sin embargo en el caso de los derechos fundamentales son derechos inherentes, no renunciables, por la importancia que tienen. Es por ello que pienso que al momento de presentarse un conflicto entre el derecho de la libertad del empresario y derechos fundamentales, la autoridad debe decidir, sin duda tutelar el derecho fundamental y no la libertad de empresa, no así cuando el conflicto se de entre dos derechos fundamentales que se debe ponderar, lo cual explicaré posteriormente.

Es importante mencionar que no es fácil enunciar un concepto estricto de Derechos Fundamentales, pues cada autor tiene su opinión tomando en cuenta su propio fundamento, naturaleza o jurisprudencia de su país. Según Ampié (2006), existen autores que sostienen que los derechos fundamentales son principios morales, ideales éticos o simples principios orientadores, pero que la doctrina dominante reconoce que son una realidad jurídica y que las facultades que confieren son derechos ejercitables por la vía jurisdiccional pertinente (173).

Me parece necesario presentar una de las definiciones de Alexy (2007) quien manifiesta que los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. Puede considerarse que son los derechos más importantes de los individuos, protegidos por la constitución, y oponibles frente al Estado y a los particulares con efecto entre terceros. Esta definición nos ayuda a comprender el por qué se les denomina fundamentales y por qué no todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales.

Caamaño Rojo (2006) cita parte de sentencia mencionada por Pedrajas, la cual transcribimos por que viene a reforzar el concepto de derechos fundamentales que nos servirá para analizar los que consideramos derechos fundamentales:

Es posible afirmar que los derechos fundamentales deben entenderse como “los componentes estructurales básicos del conjunto del ordenamiento jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión de un sistema de valores que, por decisión

del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, el fundamento del orden público y de la paz social.” Sentencia del Tribunal Constitucional de España (53/85), de fecha 11 de abril de 1985. (p.13).

Considero que esta sentencia deja clara la nota característica de los derechos fundamentales, y es la garantía que tiene que dar el Estado para su ejercicio pues son de orden público y de paz social.

Bastida Freijedo (2005), manifiesta que en el Estado liberal de derecho la diferencia entre un derecho fundamental y un derecho simplemente constitucional reside precisamente en la posición externa y previa de los derechos fundamentales. Sostiene que serán fundamentales los derechos que se entiendan como más básicos o esenciales del ser humano, aquellos que se consideren inherentes al desarrollo de su personalidad, la fundamentalidad de los derechos emana del ser del individuo, del ser humano, no del deber ser de la norma constitucional, aunque no estén en la constitución existen; se conciben como derechos absolutos, en el sentido de espacios de una libertad en principio ilimitada. Ninguna norma positiva los crea y sólo la ley de manera excepcional y si está constitucionalmente habilitada para ello los limita, son libertades privadas, sin dimensión política de relación con el poder público. La única relación con el poder es de defensa frente a injerencias que no tengan apoyo legal. (p. 44).

Considero que derechos fundamentales son aquellos que el Estado está obligado a proteger y promover por ser parte del fundamento de orden público, está obligado a procurarlo a todos los ciudadanos por ser necesarios para subsistir y entre ellos está el acceso al empleo. Sin duda estos derechos están ligados a los Derechos Humanos consagrados en el Arto. 46 Cn. Con relación a la libertad de empresa sin duda es un derecho de suma importancia para los empresarios que desarrollarán al país y el Estado promueve esa libertad de empresa sin embargo no está obligado a sostener a las empresas, pues cada empresario debe buscar la manera de ser más competitivo y desarrollarse en el mercado. Las relaciones jurídicas de los empresarios en sus actuaciones mercantiles son totalmente privadas.

Cabe señalar que hay autores que al igual que Herrera Espinoza defienden la teoría de la libertad de empresa como derecho fundamental (Romagnoli de Sanctis quien da prevalencia al poder organizado, Paz-Ares), y existen legislaciones como Colombia que en años anteriores concebían a la libertad de empresa como derecho fundamental sin embargo han cambiado su criterio y ahora asumen que esta puede ser limitada por otros derechos o el interés social que sí son

fundamentales como lo es el derecho de las personas trabajadoras. El cambio de criterio mencionado puede verse reflejado en parte de la jurisprudencia señalada de Castellanos et al (2009), la primera sentencia del año 1992, la segunda de 1994 y la tercera del 2005:

Esta Corte, a la luz de las anteriores consideraciones, ve con preocupación que las autoridades locales hagan exigencias no razonables para el ejercicio de la actividad económica, las cuales, como en el caso del presente fallo, llegan hasta determinar el lugar y las condiciones de mercadeo de un servicio sin que, de otra parte, haya claridad necesaria acerca de las razones de tales normas. De permitir esta tendencia, no estaría lejano el día en que a nivel local, cuando menos, se viera frustrada en lo esencial la ampliación de la libertad económica que quiso expresamente favorecer el Constituyente de 1991. Hay pues que recoger esa voluntad y hacerla prevalecer por sobre toda otra consideración circunstancial no autorizada por la ley. Puesto que la mencionada conducta vulnera el derecho a la libertad económica que, como antes se vió (sic), tiene carácter fundamental, esta Corte concederá la tutela y en consecuencia revocará la sentencia que la denegó (p. 8).

Castellanos et al (2009) se refieren a sentencia del año 1994, en la que la Corte Constitucional tomó la posición de que la libertad de empresa o económica no está expresamente consagrada en la Constitución Política, pero que su existencia se desprende del artículo 333 ubicado en el título que aborda el régimen económico y la hacienda pública, de ahí que si se pudiese hablar de un derecho, en principio, éste no tendría la categoría de fundamental. En 1994 la Corte Constitucional, en sentencia C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló:

Las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que prohíbe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo que se puede decir que estatuye una libre circulación de ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución Colombiana una posición preferente respecto de las libertades económicas (p. 10).

En otra sentencia colombiana T-763 de 2005, la Corte Constitucional analizó si resultaba constitucionalmente admisible, a la luz del derecho a la igualdad, que una entidad bancaria negara a un pastor cristiano la activación de una tarjeta de débito aduciendo, para el efecto, que ello no era posible dado que la actividad desempeñada por el solicitante no se encontraba en el marco de las políticas de crédito de tal entidad bancaria. La Corte recordó aquí la sentencia Su-157 de 1999 y ordenó al banco negar los servicios bancarios únicamente por razones objetivas y razonables, por lo que en ejercicio de la libertad de empresa, no puede la banca negarse a darle un préstamo a una persona en razón a su religión. (p. 15).

En el siguiente apartado se explicará cual es la posición de Nicaragua en relación a la libertad de empresa frente a los derechos del trabajador.

3.4.1 Límites a la libertad de empresa

El poder de ordenar y organizar supone el de controlar y vigilar el cumplimiento del trabajo convenido. Los poderes del empresario o la empresa en cuanto poder privado pueden constituir una amenaza real para los derechos de la persona del trabajador; y ello a que la lógica empresarial, sus principios económicos y sus valores normativos actúan como freno a la expresión de los derechos fundamentales.

La Constitución nicaragüense permite la existencia de empresas de tendencia, pues asume el derecho a la pluralidad política, a la libertad ideológica para las personas, independiente del tipo de organización que desean constituir, sin embargo esa libertad de adoptar determinada ideología para darse a conocer ante los demás no puede ir en detrimento de derechos fundamentales.

Caamaño Rojo E (2006) referenciando a Sergio Gamonal manifiesta que los límites impuestos a las facultades empresariales operarán en forma negativa, esto es, como prohibición de cualquier actitud que vulnere estas libertades, pero no obligan al empleador a modificar su estructura productiva al tenor de los derechos fundamentales de sus trabajadores para facilitar su ejercicio.

Para Hernández Mendible (s.f) “La libertad de empresa no es un derecho absoluto sino que constituye un derecho sometido a las limitaciones y restricciones que impongan la constitución y la ley en el marco de una economía social de mercado” (p. 315).

Por lo que ha de considerarse que la libertad de tomar decisiones y organizar las empresas tanto en las empresas comunes como las de tendencia tienen sus límites y estos son:

a) Los derivados de la función social de la propiedad, y los derivados de las facultades de intervención que posee el estado en la actividad económica

Nuestra Constitución señala como límites para el ejercicio de la actividad económica los intereses superiores de la nación y la función social. El Tribunal Constitucional español se refiere a ellos como límites indirectos de la libertad de empresa. No menos importante es mencionar que la Constitución Política nicaragüense en el arto. 24 segundo párrafo refiere a que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás.

Las empresas de tendencia nacen para desarrollar determinadas actividades encaminadas a la difusión de valores concretos, esas actividades satisfacen necesidades de la comunidad, pues la empresa es generadora de empleos, pero para desarrollar esas actividades no tienen una libertad absoluta, pues este tipo de empresa también cumple una función social, que implica obligaciones, no importa sólo el fin por el que fue constituida (difundir determinada tendencia o ideología) y es por ello que el Estado como garantizador de la paz social y el orden público está presente en la organización, funcionamiento y cierre de las mismas. Prueba de ello son los requisitos mínimos que piden para operar (permisos, licencias etc), las inspecciones que realizan en las empresas para corroborar el cumplimiento de la ley, (pagos de seguro, cumplimiento de seguridad e higiene ocupacional), requisitos de cierre de empresas.

No es verdad que las empresas cierran en el momento que deciden hacerlo sin responsabilidad alguna, cuando toman la decisión deben organizar también sus obligaciones con terceros, y más importante aún deben demostrar ante autoridad competente (Ministerio del Trabajo) el por qué del cierre de la empresa, el cual debe estar justificado a como lo señala el arto. 41 CT, pues cerrar la empresa sin justificaciones deja en desempleo a todos los trabajadores que laboran en ella, de esta manera se refuerza la posición en cuanto a la protección especial de los trabajadores en relación a la libertad de empresa. Lo anterior queda consagrado en el arto. 103 Cn cuando señala que las formas de propiedad están supeditadas a los intereses superiores de la nación y cumplen una función social.

b) Respeto a la dignidad de los trabajadores, a la intimidad, a la libertad religiosa o ideológica, a la libertad de trato y no ser discriminado

No se predica la igualdad sino la prohibición de la desigualdad, esta desigualdad no puede fundarse en raza, edad, sexo, ni apoyarse en una previa opción del trabajador sobre estado civil, ideología religiosa, política o posición sindical.

Con relación a las empresas de tendencia o empresas con múltiples manifestaciones (colegios, universidades, medios de comunicación social, etc), que son creadas libremente para defender y propagar una determinada tendencia (política, sindical, religiosa), Álvarez de la Rosa (2000) manifiesta que:

Requieren desplegar un control en el ejercicio de los derechos que hacen referencia a la libertad ideológica de los propios trabajadores (en especial la libertad de expresión). En este ámbito contractual, las manifestaciones de derechos fundamentales reputadas normalmente de legítimas no tienen por qué serlo en las empresas de tendencia ideológica. (SSTC 120/1983, y 170/1987). Agrega además fundamentándose en otra sentencia STC 6/1988 que en ningún caso se puede ejercer el poder de dirección impidiendo el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, más allá de lo estrictamente necesario a la defensa del interés empresarial de naturaleza ideológica.

Puede decirse de lo anteriormente relacionado que independientemente del tipo de organización que sea se deben respetar los derechos fundamentales del trabajador, pues si bien es cierto las personas que necesitan el trabajo como medio de subsistencia están claras de que la empresa que los quiere contratar es de determinada tendencia, debe respetarse que los únicos requisitos para acceder al trabajo deben ser los de capacidad e idoneidad para el puesto. Además no debe confundirse respeto de la ideología de la empresa con pérdida de derechos.

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico laboral se reconocen los derechos fundamentales, no existe expresamente la limitante al ejercicio de los derechos como existe en Chile, donde expresamente el arto. 5 de CT dice:... “ El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada y la honra de estos”, sin embargo como hemos podido notar, existen además de la Constitución, instrumentos internacionales y normas especiales que exigen el cumplimiento de derechos fundamentales en Nicaragua. Cada vez es más frecuente que se le den facultades a los inspectores del trabajo de inspeccionar los centros de trabajo, revisar información y hasta

sancionar en caso de incumplimiento. A manera de ejemplo nótese el arto. 20 de la Ley 648 Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades en la que se faculta al Ministerio del Trabajo a tomar providencias que garanticen la inmediata nivelación salarial o trato igualitario en la aplicación de los beneficios laborales que correspondan, donde se compruebe que las mujeres reciben menores salarios o beneficios laborales que los hombres por iguales responsabilidades y calificaciones.

Otro ejemplo es la sentencia nicaragüense 98/2002 del diez de junio del año 2002, en la que la Sala Laboral del Tribunal de Apelaciones de Managua encontró un trato desigual de un trabajador en relación con otros dos más que ocupaban iguales cargos y similares salarios en la empresa demandada. La parte empleadora no dio razón para esa exclusión, por lo que la autoridad consideró discriminación en el empleo. En este caso se mandó el pago de 36 meses de salario en concepto que dejó de percibir el trabajador discriminado por no ser incluido en póliza de seguro de vida que tenía con el Instituto Nicaragüense de Seguros y Reaseguros (INISER) la empresa Texaco Caribbean Inc. El hecho se dio en una empresa no de tendencia, si embargo creemos que igual se debería actuar en los casos que pudieran presentarse de trabajadores contra empresas de determinada ideología.

Sin duda no es usual que cuando se niega el empleo o se es despedido por motivos de no profesar la misma ideología de la empresa contratante, se acuda a las autoridades a tratar de revertir la decisión de los empleadores ya sea por desconocimiento o temor de vernos involucrados en asuntos largos, caros y tediosos, sin embargo se sabe que tenemos los mecanismos para poder acceder a la restitución de derechos fundamentales a los cuales por el hecho de ser persona tenemos derecho.

La jurisprudencia española se ha pronunciado en relación a la vigencia de los derechos fundamentales en la actividad de la empresa y en los contratos de trabajo, de tal forma que se garantizan sin reducción las libertades del trabajador, considerando que las mismas sólo pueden limitarse a partir de la autodeterminación en la persona del trabajador, sin que por el hecho de estar contratado en una empresa con una ideología determinada, deba sujetarse o renunciar a sus ideales o convicciones personales.

A la luz de lo anterior se comparte el criterio de Prados de Reyes citado por Arias Domínguez y Rubio Sánchez (2007) en el sentido de que con la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia de países como España, Perú, Chile, Colombia, debe darse cuenta que hay “una nueva perspectiva, que puede catalogarse de menos

contractualista, para apreciar la efectividad de los derechos fundamentales en el desarrollo de una relación laboral, reafirmando, indirectamente, la superioridad de los derechos fundamentales de los trabajadores en relación con los de la empresa”.

No menos importante es mencionar que gran parte de las transnacionales se constituyen como empresas de tendencia y que estas también están obligadas al cumplimiento de los derechos fundamentales de sus trabajadores y las empresas transnacionales tienen regulaciones, pues debe existir calidad tanto individual como colectiva en las relaciones de trabajo. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), como organización de cooperación internacional, tiene líneas directrices para empresas multinacionales que no son más que recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y política social en la que se busca cómo reforzar derechos fundamentales que son los relativos a la libertad de asociación y el reconocimiento del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio, la abolición del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Son derechos laborales considerados derechos humanos que se han convertido en una especie de plataforma laboral universal. La Declaración hace referencia a la igualdad de oportunidad y trato, propugna que se apliquen normas que no sean menos favorables que las observadas por empleadores en el país de acogida.

3.4.2 Requisitos exigibles para el acceso al empleo

Nuestra Constitución en el arto. 86 señala el derecho de los nicaragüenses de elegir y ejercer libremente la profesión u oficio y escoger el lugar de trabajo sin más requisitos que el título académico y que cumpla una función social. El empleador, de conformidad al arto. 17 numeral b del CT debe respetar ese derecho de elección y tiene prohibido elaborar listas discriminatorias o realizar prácticas que restrinjan o excluyan las posibilidades de colocación de trabajadores. La ley es clara, los requisitos señalados son el título académico y el cumplimiento de una función social.

La normativa internacional menciona como requisitos para obtener empleo, el tiempo, servicio y capacidad. Cabe señalar que hay trabajadores que tienen sus capacidades disminuidas como en el caso del adulto mayor y discapacitados, sin embargo la edad o la discapacidad no deben ser pretexto para negar un puesto de trabajo. Nuestra legislación prevee la obligación del Estado y de las empresas privadas de brindar trabajo a personas en esta condición, que en el

caso del primer ejemplo ya contribuyó con la nación y quiere sentirse útil, y en el segundo caso pueden realizar algunas actividades siempre y cuando se tomen medidas de protección a los mismos. Como requisitos se establece que deberá realizarse un examen y tomar en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos.

3.5 Conflicto entre derechos constitucionales

Los doctrinarios como Caamaño Rojo, Boza Pro, Carcelen, Mucha García a diferencia de Romagnoli de Sanctis (quien da prevalencia al poder organizado) sostienen que deben ponderarse los derechos fundamentales en pugna, es decir debe buscarse un punto de equilibrio y que la limitación al mínimo de ambos derechos den como resultado el sacrificio del mínimo indispensable. Mencionan que debe respetarse el principio de proporcionalidad, que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional, se produce así un examen de admisibilidad (ponderación) de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado, evitar el menor daño.

El test de ponderación nos permite aplicar unos criterios que surgen del principio de proporcionalidad, que contiene tres elementos, adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ahora bien esa ponderación se dará cuando la pugna se presente entre derechos de un mismo nivel, es decir dos fundamentales. En el caso de la pugna entre derechos fundamentales laborales y el de libertad de empresa (no fundamental) prevalece el fundamental del trabajador sin lugar a dudas.

La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy como principios y como mandatos de optimización y el principio de proporcionalidad tiene diversos seguidores entre ellos: Atienza, Ruiz Mareno, García Figueroa, Prieto Sanchíz, Bernal Pulido, pero también tiene críticos a la misma como Hernández Marín, Rodríguez Toubes, Moreso, Jiménez Campo). Los primeros sostienen, se debe comprobar si una determinada medida supera el juicio de proporcionalidad y es necesario constatar si cumple tres requisitos o condiciones: 1) Juicio de Idoneidad. Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, 2) Juicio de Necesidad. Si además esta medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, 3) Juicio de Proporcionalidad. Si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Los autores señalan que la teoría de la racionalidad para la aplicación de los derechos fundamentales puede no ofrecer una objetividad plena, que la ponderación hace posible construir fundamentaciones claras, consistentes, lógicas y coherentes.

Los críticos a la teoría de la ponderación señalan que la ponderación de derechos es irracional pues es un juicio arbitrario y salomónico (Jiménez Campo citado por Bernal Pulido), que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, (R Stammler), que las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera (García Amado) y como consecuencia no hay una sola respuesta a todos los casos en que se aplica (p. 29).

La doctrina más autorizada y más utilizada es la teoría de los derechos fundamentales, es acertada siempre y cuando se refieran a derechos fundamentales en pugna, ya que tiene lógica el fundamento de Alexy que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Bernal Pulido).

Se ha evidenciado que el derecho a creer o no creer en algo, es un derecho fundamental, por lo tanto es protegido frente a otros derechos. Si el derecho fundamental colisiona con otro derecho fundamental se debe utilizar el principio de ponderación, sin embargo si ese derecho fundamental colisiona con otro derecho constitucional no fundamental, no es necesario realizar tal ponderación, pues el fundamental prima sobre el derecho constitucional no fundamental.

Las empresas de tendencia al exigir requisitos no razonables para acceder al empleo ponen a los trabajadores en la disyuntiva de abandonar sus principios para poder acceder al mismo, lo cual no es legal, máxime cuando en la mayoría de legislaciones se regula el respeto a la dignidad humana.

3.6 Penalización por discriminación en materia penal

El Código Penal actual, en su art. 315 manifiesta “Quien discrimine en el empleo por razón de nacimiento, nacionalidad, afiliación política, raza, origen étnico, opción sexual, género, religión, opinión, posición económica, discapacidad, condición física, o cualquier otra condición social, será penado con prisión de 6 meses a un año y de noventa a 150 días multa....”. Esta disposición penaliza la discriminación por las razones anteriormente señaladas pero deja abierta la posibilidad de agregar cualquier otra condición social, lo novedoso además radica en la pena de prisión y la multa. Esto permitirá que las empresas se abstengan de discriminar a los trabajadores por temor de ser sancionados.

Relacionando lo anterior con Estados Unidos y Alemania, Cámara Botía A (s.f) manifiesta que el Código Civil alemán establece en su arto. 611a.2 que «si el empresario, al inicio de la relación laboral, comete una infracción contra la prohibición de discriminación sexual puede entonces el candidato discriminado reclamar una compensación económica por valor de tres sueldos mensuales como máximo..», y en Estados Unidos prevé una más eficaz protección del trabajador discriminado porque la Civil Rights Act autoriza al tribunal a ordenar la readmisión o contratación del trabajador discriminado con o sin derecho a los salarios dejados de percibir, así como cualquier otro remedio equitativo que el tribunal estime apropiado. En efecto es más eficaz la normativa de Estados Unidos pues en el primer caso (Alemania) prevalece la discriminación.

II. Conclusiones

1. Las empresas de tendencia tienen su fundamento en la Constitución Política lo que significa que son legales. Lo ilegal será utilizar criterios discriminatorios para que los trabajadores accedan al puesto o para despedir a los mismos.
2. Los derechos de empresa no son derechos fundamentales. La libertad de empresa es un derecho constitucional pero no fundamental si lo comparamos con los derechos laborales inespecíficos que son inherentes a la persona.
3. La libertad de empresa permite organizar la empresa a como se desee pero tiene como límites el orden público, la función social y los derechos fundamentales de los trabajadores.
4. Para resolver los conflictos laborales por violación a derechos fundamentales versus derechos constitucionales se buscará la solución a través del llamado test de ponderación, buscando responder a la interrogante sobre los límites del contenido de esos derechos constitucionales.
5. A través de la jurisprudencia extranjera ha podido apreciarse la efectividad de los derechos fundamentales en el desarrollo de una relación laboral, reafirmando la superioridad de los derechos fundamentales de los trabajadores en relación con los de la empresa.
6. Nicaragua tiene suficientes normas e instrumentos para que los trabajadores hagan prevalecer sus derechos fundamentales frente a los empleadores, sean de tendencia o no.

III. Recomendaciones

1. Realizar un estudio exhaustivo sobre los mecanismos de contratación que utilizan las empresas de tendencia en Nicaragua para comprobar el cumplimiento efectivo de los derechos laborales inespecíficos.
2. Hacer un estudio de derecho comparado para establecer la tendencia general en relación al tema.
3. Realizar un foro entre expertos laboristas y constitucionalistas para debatir el tema.
4. Capacitar al trabajador sobre las posibles acciones a tomar en caso de vulneración de derechos fundamentales.
5. Realizar mayor cantidad de inspecciones laborales por parte del MITRAB en los centros de trabajo para prevenir o sancionar en su caso la violación de derechos fundamentales.
6. Analizar con cuales de las asignaturas de la carrera de Derecho se relaciona el tema estudiado e incorporarla dentro de las mismas.

IV. Lista de Referencias

- Alaez, B. Constitución Alemana y Constitución española en <http://hc.rediris.es/05/constituciones/html/ca1919.htm> recuperado el 24 de abril del 2011.
- Alexy, R (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. (2 ed.) Madrid. Sociedad anónima de fotocomposición c/ Talisio, 9.
- Ampié, M (2006). Manual de Derecho Constitucional. Colección Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana. Impresiones Helios. Managua Nicaragua.
- Arese, C (2008) Discriminación Ideológica y Empresas de tendencia: ¿una excepción?. Seminaire International de Droit comparé du Travail, des Relations professionnelles et de la Sécurité sociale. COMPTRASEC-Université Montesquieu Bordeaux IV.
- Arias, A y Rubio F. (2007). El Derecho de los trabajadores a la intimidad. Mobbing Opinión.
- Bastida Freijedo, F (2005). El fundamento de los derechos fundamentales, en www.unirioja.es/dptos/dd/redu/numero3/bastida.pdf , recuperado el 8 de julio 2011.

- Caamaño, E. A (2006). La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad católica de Valparaíso*, Vol. XXVII.
- Carta Encíclica *Rerum Novarum* en <http://www.churchforum.org/carta-enciclica-rerum-novarum>, recuperada el 28 de junio 2011.
- Castro E, y Calderón M. (2007). *Derecho Constitucional Nicaragüense*. Colección Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana. Managua Nicaragua. Ediciones Calderón Castro.
- Castellanos J, Castillo G y López (2009). Línea Jurisprudencial-Libertad de Empresa, en <http://www.usergioarboleda.edu.coderechogrupoinvestigacionlineasjurisprudenciales-libertaddeempresa.pdf>, recuperado el 25 de junio del 2011.
- Cámara Botia, A (s.f). Poder del Empresario y prohibición de discriminación en el empleo. *Revista del Ministerio del Trabajo y asuntos sociales*. No. 33.
- Cortés Carcelén, J.C. (s.f). Los derechos inespecíficos laborales: Análisis de algunas sentencias del Tribunal constitucional. Recuperado el 1 de abril 2011.
- Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada en la *Gaceta Diario Oficial* número 5, del 9 de enero de 1987.
- Decreto. A.N. No. 2378 Reglamento a la Ley 238: Ley de promoción, protección y defensa de los derechos humanos ante el SIDA, publicado en la *Gaceta Diario Oficial*, número 238, del 14 de Diciembre de 1999.
- Fernández, T (s.f). Reflexiones constitucionales sobre la libertad de empresa en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/641/13.pdf>, recuperado el 29 de junio 2011).
- Hernández Mendible, V (s.f) Los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa. en <http://www.hernandezmendible.com/serpucom.htm>, recuperado el 11 de julio 2011.
- Herrera, J.J. (2004). Análisis de la Constitución Económica Nicaragüense con especial referencia a la Libertad de Empresa. *Revista de Derecho*, 9, pp. 81-104.
- Herrera, J. J. (2010). El empresario y su estatuto. El orden público económico. V Maestría en Derecho de Empresas. Universidad Centroamericana.
- Irureta Uriarte, P. (s.f) Las Organizaciones de tendencia ante el Derecho. Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales. (ILADES). Universidad Alberto. Hurtado. En http://www.derecho.uahurtado.cl/documentos/17_2_pp235_248.pdf, recuperado el 24 de abril del 2011.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 1) (BGBl III 100-1) enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, página 3219).
- Ley No. 720 “Ley del Adulto Mayor” publicada en la *Gaceta Diario Oficial*, número 11, del 14 de junio 2010.
- Ley 582, “Ley General de Educación”, publicada en la *Gaceta Diario Oficial*, número 150, del 3 de agosto del 2006.
- Medina, A (s.f). El Desarrollo de la libertad religiosa y su vinculación con la relación laboral. Alerta informativa.

- Ministerio del Trabajo (comp.). (2009). Trabajo en ley.
- Ministerio del Trabajo. (2006). Recopilación de convenios Internacionales del trabajo ratificados por Nicaragua.
- Mucha García, R.E (s.f). Los derechos laborales inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm>, recuperado el 1 de abril 2011.
- Ossorio, M y Cabanelas de las Cuevas, F. (2007) Diccionario de Derecho de Derecho. Editorial Heliasta SRL.
- Ortegón Pulido, C y Pullido Ovalle, Z (s.f) Derecho al Trabajo como Límite a la Libertad de Empresa, en www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS16.pdf, recuperado el 30 de junio 2011.
- Palomeque, M. y Álvarez de la Rosa, M (2000). Derecho del Trabajo. Colección Ceura. Octava edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. Madrid.
- Paz-Ares, C (2001) en Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez. Curso de Derecho Mercantil Madrid. CIVITAS.
- Penalba, A. (2008). La trascendencia práctica de la vinculación ideológica en las empresas de tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. No. 26. 2008. P. 299-332.
- Rojo, A (2001) en Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez. Curso de Derecho Mercantil Tomo I: Capítulo 3 el empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad. Madrid, CIVITAS.
- San Martín Mazzucconi, C y Charro Baena, P. (2008) Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. p. 77-120.
- Val Tena, A (s.f). Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo: Libertad ideológica y contrato de trabajo. (177-198).
- Witt, E (1995) La Suprema Corte de Justicia y los Derechos individuales. (2 . ed.) México. Gernika.